

Het arrest Burgo Group : een verdere verduidelijking van de Europese Insolventieverordening

Kristof Maresceau⁽¹⁾

1. Met het op 4 september 2014 gevelde arrest *Burgo Group*⁽²⁾ heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) opnieuw enkele belangwekkende verduidelijkingen aan de Europese Insolventieverordening⁽³⁾ (EIV) aangebracht. Zoals hieronder zal worden toegelicht, oordeelt het HvJ EU in het arrest *Burgo Group* met name dat : (i) het hoofdkantoor van een vennootschap als een vestiging in de zin van de EIV kan worden beschouwd, zodat desgevallend over dat hoofdkantoor een secundaire insolventieprocedure kan worden geopend, (ii) EU-lidstaten wel de kring van personen mogen bepalen die een secundaire insolventieprocedure in hun jurisdictie kunnen openen, maar dat zij deze kring van personen niet mogen beperken tot schuldeisers die met de betrokken vestiging hebben gehandeld of die hun woonplaats op hun grondgebied hebben, en (iii) de opening van een secundaire insolventieprocedure afhankelijk kan worden gesteld van een opportuiniteitsbeoordeling door de rechter aan wie de opening wordt gevraagd. Met dit drievoudig standpunt dient men het arrest *Burgo Group* te plaatsen in de steeds langer wordende reeks van arresten die handelen over de insolventie van vennootschapsgroepen met een internationale dimensie, maar die tevens een onmiddellijke relevantie hebben voor de mogelijkheid tot *forum shopping* en rechtskeuze-uitoefening

op insolventierechtelijk vlak door individuele vennootschappen⁽⁴⁾.

2. Aan de grondslag van het arrest *Burgo Group* ligt een geschil dat is gerezen naar aanleiding van de faillietverklaring van de Illochroma-groep door de rechtbank van koophandel te Roubaix-Tourcoing (Frankrijk). Deze faillietverklaring had ook betrekking op de Belgische NV Illochroma, de moedervennootschap van de Illochroma-groep, die haar hoofdkantoor en statutaire zetel te Brussel had. Burgo Group, een in Italië gevestigde vennootschapsgroep, was een schuldeiser van de NV Illochroma. Omdat Burgo Group laattijdig aangifte had gedaan van haar schuldvordering in de Franse liquidatieprocedure, poogde zij alsnog haar vordering te realiseren door over de NV Illochroma een secundaire insolventieprocedure bij de rechtbank van koophandel te Brussel te openen. Nadat dit verzoek tot opening van een secundaire insolventieprocedure werd afgewezen, stelde Burgo Group tegen deze afwijzing hoger beroep in, waarna het hof van beroep te Brussel drie prejudiciële vragen aan het HvJ EU stelde. Om de draagwijdte van die prejudiciële vragen ten volle te kunnen inschatten, wordt eerst kort het algemene raamwerk van de EIV in herinnering gebracht.

1. Advocaat LAGA, postdoctorale medewerker Instituut Financieel Recht (UGent).

2. HvJ 4 september 2014, zaak C-327/13, *Burgo Group SpA v. Illochroma NV*, (hierna : "arrest Burgo Group"). Zie TRV 2015, 127

3. Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *Pb.L.* 30 juni 2000, afl. 160. Voor besprekingen van de EIV in boekvorm, met talrijke verwijzingen naar nationale rechtspraak, zie o.m. : J. ISRAËL, *European cross-border insolvency regulation : a study of Regulation 1346/2000 on insolvency proceedings in the light of a paradigm of co-operation and a comitas Europaea*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 383 p.; G. MOSS, I. FLETCHER en S. ISAACS, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A Commentary and Annotated Guide*, OUP, 2009, 464 p.; K. PAN-NEN, *European Insolvency Regulation*, Berlijn, De Gruyter, 2007, 912 p.; M. VIRGOS en F. GARCIMARTIN, *The European Insolvency Regulation : Law and Practice*, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 255 p.; B. WESSELS, *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwer, 2006, 670 p.; B. WESSELS en P. OMAR, *The European Insolvency Regulation*, Nottingham, INSOL Europe, 2010, 165 p. Voor Nederlandstalige overzichtsartikelen, zie o.m. : E. DIRIX en V. SAGAERT, "De Europese Insolventieverordening" in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, T. LYSSENS en E. VAN CAMP (eds.), *Gerechtigd Akkoord & Faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2008, losbladig; B. GARRÉ, "De Europese Insolventieverordening", *Jura Falconis* 2009-10, 43-106; F. KORKMAZER, "Grensoverschrijdende aspecten van internationale insolventieprocedures voor rechtspersonen in een notendop", *Cab. Jur.* 2008, 53-61; K. MARESCEAU en M. TISON, "Insolventie zonder grenzen ? Vragen rond de aanknopingspunten in de Europese Insolventieverordening", IBJ (ed.), *Juristes sans frontières ? Juristen zonder grenzen ?*, Brussel, Bruylant, 2013, 93-131; K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 303-358; F. PARREIN, "Europese Insolventieverordening", *NjW* 2011, 246-253.

4. Andere arresten die in deze reeks thuishoren zijn o.m. : HvJ EU 2 mei 2006, C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd.*, *Jur.* 2006, I-03854; HvJ EU 15 december 2011, C-191/10, *Rastelli Davide e C. SNC v. Jean-Charles Hidoux*, *Jur.* 2011, nyr; HvJ EU 22 november 2012, C-116/11, *Bank Handlowy w Warszawie SA en PPHU ADAX/Ryszard Adamiak sp.*, *Jur.* 2012, nyr (hierna : "arrest Bank Handlowy").

§ 1. Het algemene raamwerk van de EIV

3. Het is van belang eraan te herinneren dat de EIV geen eigenlijke “eenmaking” van de insolventieregels van de EU-lidstaten bewerkstelligt, wel integendeel. Het doel van de EIV bestond er net in om in de EU een zo stabiel mogelijk raamwerk voor de afhandeling van insolventieprocedures te scheppen, zonder daarbij te moeten overgaan tot een inhoudelijke harmonisatie van het insolventierecht van de EU-lidstaten, die ten tijde van de redactie van de EIV politiek gevoelig lag⁽⁵⁾. Om die reden legt de EIV enkel de regels vast inzake : (i) de aanduiding van het nationale recht toepasselijk op insolventieprocedures die onder het toepassingsgebied van de EIV vallen (conflictregels), (ii) de territoriale bevoegdheid van EU-lidstaten voor de afhandeling van deze procedures (bevoegdheidsregels), en (iii) de automatische erkenning van de in deze procedures genomen rechterlijke beslissingen doorheen de EU (erkenningsregels).

4. Wat de conflictregels betreft, volstaat het voor deze bijdrage erop te wijzen dat in de EIV om efficiëntie-renden ervoor werd geopteerd om aansluiting te vinden bij het principe van de *lex fori concursus*. Dit impliceert het uitgangspunt dat elke rechter zijn eigen recht mag toepassen op een door hem geopende insolventieprocedure. Dit recht is in beginsel bepalend voor alle rechtsgevolgen van de insolventieprocedure ten aanzien van de betrokken rechtssubjecten en -betrekkingen, en beheerst alle voorwaarden voor de opening, het verloop en de beëindiging van de procedure⁽⁶⁾. De plaats waar een insolventieprocedure wordt geopend, brengt derhalve belangrijke gevolgen met zich mee voor de rechtspositie van de debiteur en zijn schuldeisers. Zo zal die plaats bijvoorbeeld determinerend zijn voor de rangorde die schuldeisers in een liquidatieprocedure bekleden of de meerderheden die

worden verlangd opdat een herstelplan in een herstructureringsprocedure kan worden goedgekeurd.

5. Dit inzicht brengt ons bij de territoriale bevoegdheidsregels die in de EIV zijn uitgewerkt. Een cruciaal gegeven in dit verband is dat de EIV een “universalistisch” karakter nastreeft⁽⁷⁾. Dit universalistisch karakter vindt zijn neerslag in de regel dat over een debiteur slechts één hoofdinsolventieprocedure tegelijkertijd kan worden geopend, waarin in beginsel al zijn activa en al zijn schuldeisers worden betrokken, waar zij zich ook binnen de EU bevinden. De in de EIV vervatte erkenningsregels zijn hierbij instrumenteel : op grond van die erkenningsregels zijn andere rechters in beginsel gebonden door de beslissing van een rechter tot opening van de hoofdinsolventieprocedure, waardoor zij zich automatisch onbevoegd moeten verklaren voor het voeren van die procedure wanneer zij daartoe door de ene of andere partij worden gevat.

Politieke redenen hebben de Europese wetgever er evenwel toe gedwongen een belangrijke afzwakking op het universalistische karakter van de EIV in te bouwen, die de vorm heeft gekregen van “territoriale” insolventieprocedures. Deze procedures kunnen worden geopend in elke EU-lidstaat waar de debiteur over een vestiging beschikt, en vatten per definitie alleen maar de activa die in die lidstaat aanwezig zijn. Hierna wordt kort bij beide categorieën insolventieprocedures stilgestaan.

1. De hoofdinsolventieprocedure en het COMI-begrip

6. In tegenstelling tot territoriale insolventieprocedures kan de hoofdinsolventieprocedure zowel de reorganisatie als de liquidatie van vennootschappen

5. Thans gaan er evenwel steeds meer stemmen op om bepaalde kerngedeelten van het insolventierecht te harmoniseren. Dit belet niet dat de coördinatiepogingen van de Uniewetgever op het vlak van het insolventierecht (voorlopig ?) beperkt blijven tot aanbevelingen. Zie bv. : de Aanbeveling van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie, C(2014) 1500.

6. Zie artikel 4 EIV (voor een niet-limitatieve opsomming van aangelegenheden die door dat recht worden beheerst) en artikel 28 EIV. In het licht van deze conflictregel heeft het HvJ EU geoordeeld dat wanneer er enkel een hoofdinsolventieprocedure werd geopend (en dus geen secundaire insolventieprocedure), het de andere lidstaten niet is toegestaan om executiemaatregelen op grond van hun eigen wettelijke regeling te gelasten met betrekking tot de goederen die zich op hun grondgebied bevinden, wanneer dit niet is toegestaan krachtens de wettelijke regeling van de lidstaat waar de procedure werd geopend (HvJ 21 januari 2010, zaak C-44/07, *MG Probud Gdynia sp. z.o.o.*, *Jur.* 2010, I-00417). De conflictregel heeft verder onder meer tot gevolg dat de lidstaat op wiens grondgebied de hoofdinsolventieprocedure is geopend, bevoegd is om uitspraak te doen over een pauliaanse vordering gericht tegen een verweerder die zijn statutaire zetel in een andere lidstaat heeft (HvJ 12 februari 2009, zaak C-339/07, *Christopher Seagon tegen Deko Marty Belgium NV*, *Jur.* 2009, I-00767) of dat de gevolgen voor individuele vervolgingen worden geregeld door het insolventierecht van de lidstaat waar de hoofdinsolventieprocedure wordt gevoerd (HvJ 17 maart 2005, zaak C-294/02, *Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen AMI Semiconductor Belgium BVBA e.a.*, *Jur.* 2005, I-02175).

7. Het “universaliteitsbeginsel” houdt in dat voor één schuldenaar slechts één insolventieprocedure kan worden geopend waarbij alle activa en alle schuldeisers van die schuldenaar worden betrokken, waar deze zich ook mogen bevinden. Daartegenover staat het “territorialiteitsbeginsel”, d.i. de benadering waarbij met betrekking tot eenzelfde schuldenaar in meerdere landen simultane insolventieprocedures kunnen worden geopend, waarbij elke procedure slechts effect sorteert ten aanzien van de activa die zijn gelegen in het land waar de procedure wordt geopend. Met de EIV werd in de EU voor een tussenoplossing gekozen. Men was het universaliteitsbeginsel wel genegen, maar dit was niet haalbaar gelet op het sterk verschillend insolventierecht van de lidstaten. Zie considerans 11 van de preambule bij de EIV; F. KORKMAZER, “Grensoverschrijdende aspecten van internationale insolventieprocedures voor rechtspersonen in een notendop”, *Cab. Jur.* 2008, (53) 53-54; M. VEDER, *Cross-border insolvency proceedings and security rights : a comparison of Dutch and German law, the EC insolvency regulation and the UNCITRAL model law on cross-border insolvency*, Deventer, Kluwer, 2004, 83 e.v.; P. WAUTELLET, “Grensoverschrijdende insolventie. Recente ontwikkelingen” in ORDE VAN ADVOCATEN KORTRIJK (ed.), *Internationale aspecten in de verschillende takken van het recht*, Brussel, Larcier, 2005, (299) 309.

tot doel hebben. In artikel 27 van de EIV wordt namelijk voorgeschreven dat territoriale insolventieprocedures enkel de *liquidatie* tot doel kunnen hebben van de goederen die op het grondgebied zijn gelegen van de lidstaat waarin de procedure wordt gevoerd⁽⁸⁾.

7. De bevoegdheid om de hoofdinsolventieprocedure te voeren, komt uitsluitend toe aan de rechters van de EU-lidstaat waarin de debiteur zijn “centrum van voornaamste belangen” heeft liggen, afgekort ook wel zijn “COMI” genoemd (dit staat voor het “*centre of main interests*”)⁽⁹⁾. Vreemd genoeg bevat de EIV geen definitie van het COMI-begrip. Aanwijzingen worden wel gevonden in considerans 13 van de preambule bij de EIV. Daarin wordt aangegeven dat “*het ‘centrum van voornaamste belangen’ dient overeen te komen met de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn goederen voert en die daardoor als dusdanig voor derden herkenbaar is*”. Voor vennootschappen valt het COMI derhalve in de praktijk veelal samen met hun operationele hoofdkantoor, en dus met de notie “werkelijke zetel” in het vennootschappelijk internationaal privaatrecht van bepaalde EU-lidstaten.

Artikel 3, eerste lid van de EIV bevat voor vennootschappen verder een weerlegbaar vermoeden, dat helpt bij het rechtszeker bepalen van hun COMI. Immers, voor vennootschappen wordt “*zolang het tegendeel niet is bewezen, het centrum van voornaamste belangen vermoed de plaats van de statutaire zetel te zijn*”. Het HvJ EU kent traditioneel een groot gewicht toe aan het vermoeden dat het COMI van een vennootschap op haar statutaire zetel is gelegen. Enkel wanneer het op grond van een integrale beoordeling van alle feitelijke elementen voor (potentiële) schuldeisers duidelijk is dat het werkelijke bestuurs- en toezichtscentrum van de vennootschap elders is gelegen, kan het vermoeden ten voordele van de statutaire zetel volgens het HvJ EU als weerlegd worden beschouwd, en kan een hoofdinsolventieprocedure worden geopend in een andere lidstaat dan de lidstaat waarin de statutaire zetel van de vennootschap is gelegen. Geïsoleerde feitelijke elementen, zoals (i) de loutere vermenging van het vermogen van de vennootschap met dat van een andere vennootschap⁽¹⁰⁾ of (ii) het feit dat de beslissingen van de vennootschap (kunnen) worden gecontroleerd

door haar moeder⁽¹¹⁾, mogen hierbij niet als doorslaggevend worden beschouwd.

8. Met deze sterke nadruk op het vermoeden ten voordele van de statutaire zetel wil het HvJ EU de voorspelbaarheid en de rechtszekerheid van het Europees insolventiesysteem bestendigen. Men mag er principieel op vertrouwen dat het incorporatieland van de debiteur bevoegd zal zijn voor het voeren van de hoofdinsolventieprocedure, nu het slechts bij wege van grote uitzondering is, zoals in het geval van brievenbusvennootschappen, dat het COMI van een vennootschap buiten haar incorporatieland kan worden gelokaliseerd. Althans dit is de bedoeling. Zoals hieronder zal worden gezien, fungeert het beginsel van wederzijds vertrouwen in deze vaak als een praktische hinderpaal voor het aanvechten van beslissingen van rechters die zich in strijd met deze rechtspraak van het HvJ EU toch bevoegd achten voor het voeren van de hoofdprocedure. In dergelijk geval zal de opening van een territoriale insolventieprocedure veelal, zij het vaak slechts gedeeltelijk, soelaas kunnen bieden.

2. De territoriale procedures en het vestigingsbegrip

9. Naast de hoofdinsolventieprocedure kunnen over een debiteur in voorkomend geval ook territoriale procedures worden gevoerd. Het voordeel van de opening van territoriale procedures is hierin gelegen dat de lokale goederen van de debiteur kunnen worden geliquideerd volgens het recht van de lidstaat waarin de territoriale procedure wordt gevoerd. Dit laat schuldeisers onder andere toe de gevolgen van de universalistische buitenlandse hoofdinsolventieprocedure te temperen en ten aanzien van de lokale goederen van hun debiteur alsnog de rangorde in de boedel te bekleden die zij op grond van het lokale recht genieten.

10. Territoriale procedures kunnen door een EU-lidstaat alleen maar worden geopend voor zover de insolvente vennootschap over een ‘vestiging’ in diens jurisdictie beschikt. De notie ‘vestiging’ is volgens artikel 2 van de EIV “*elke plaats van handeling waar de schuldenaar met behulp van mensen en goederen een economische activiteit uitoefent die niet tijdelijk*

8. Het behoeft geen betoog dat de opening van een secundaire insolventieprocedure tot problemen kan leiden ingeval de hoofdinsolventieprocedure de reorganisatie van de vennootschap betreft. Getuige hiervan is onder meer de problematiek die aan bod kwam in het arrest *Bank Handlowy*, zoals hierboven aangehaald.

9. Zie artikel 3, eerste lid van EIV.

10. HvJ EU 15 december 2011, C-191/10, *Rastelli Davide e C. Snc v. Jean-Charles Hidoux*, Jur. 2011, nyr.

11. HvJ EU 2 mei 2006, C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd.*, Jur. 2006, I-03854.

van aard is”⁽¹²⁾. Deze definitie stemt overeen met de traditionele betekenis die het HvJ EU aan het begrip ‘vestiging’ geeft wanneer het wordt gevraagd zich uit te spreken over de conformiteit met het Unierecht van nationale maatregelen die het vrij verkeer van rechtspersonen belemmeren⁽¹³⁾.

11. Voor een goed begrip van het arrest *Burgo Group* is het verder belangrijk om te weten dat territoriale insolventieprocedures zich kunnen voordoen in de verschijningsvorm van *secundaire* procedures (de regel) dan wel in de vorm van *zelfstandige* procedures (de uitzondering). Terwijl secundaire procedures pas kunnen worden geopend nadat over de debiteur in een andere lidstaat reeds een hoofdprocedure werd gevoerd, worden zelfstandige procedures reeds opgestart vóór de opening van een hoofdprocedure. Om die reden kunnen zelfstandige insolventieprocedures (in tegenstelling tot secundaire) zowel de liquidatie als de herstructurering van de debiteur tot doel hebben. Wanneer na de opening ervan in een andere lidstaat evenwel een hoofdprocedure wordt opgestart, verkrijgt de zelfstandige procedure het karakter van een secundaire procedure, en verkrijgen de EIV-bepalingen inzake secundaire procedures toepassing, voor zover de stand van de procedure deze transformatie nog mogelijk maakt⁽¹⁴⁾. Het behoeft geen betoog dat dergelijke transformatie proceseconomisch weinig efficiënt is. Vandaar dat artikel 3, vierde lid EIV de opening van zelfstandige procedures slechts toelaat in twee gevallen, met name : (i) inge-

val de opening van een hoofdinsolventieprocedure niet kan worden verkregen in verband met de voorwaarden die worden gesteld in de wetgeving van de lidstaat waar het COMI van de schuldenaar zich bevindt, dan wel (ii) ingeval de opening van de territoriale procedure is aangevraagd door een schuldeiser die zijn woonplaats, zetel of gebruikelijke verblijfplaats heeft in de lidstaat op het grondgebied waarvan de betrokken vestiging is gelegen of wiens vordering het resultaat is van een uit de exploitatie van de vestiging voortvloeiende verplichting⁽¹⁵⁾.

3. De band tussen de hoofd- en secundaire procedures

12. Om de Europese benadering van insolventieprocedures niet in het gedrang te brengen, werden in de EIV tussen de hoofd- en secundaire procedures de nodige bruggen gebouwd. Zo wordt onder meer aan de curatoren in de verschillende procedures een samenwerkingsplicht opgelegd⁽¹⁶⁾. Daarnaast, en belangrijker in het licht van het universalistisch karakter van de EIV, werd een ‘beginsel van wederzijds vertrouwen’ geïnstalleerd. Dit beginsel zorgt ervoor dat de gevolgen die een (hoofd- of territoriale) insolventieprocedure heeft krachtens het recht van de EU-lidstaat waar de procedure is geopend, worden uitgebreid tot alle andere EU-lidstaten. Centraal hierbij is de verplichting voor lidstaten om automatisch - en dus zonder enige vorm van controle

12. Interessante illustraties van deze regels betreffen : Cass. 27 juni 2008, *JLMB* 2008, 1222; *Pas*. 2008, 1749; *RW* 2011-12, 584; *TBH* 2009, 629; *Tijdschrift@ipr.be* 2009, afl. 1, 29 (het feit dat de gefailleerde erkent geen enkele activiteit in België te hebben verricht, volstaat niet om het bestaan van een vestiging uit te sluiten wanneer deze een inschrijving heeft in de KBO, over een BTW-nummer en RSZ-inschrijving beschikt die hem toelaat personeel tewerk te stellen en wanneer de door de eiser aangevoerde elementen, zoals het feit dat de gefailleerde zijn zaken vanuit België beheerde, niet worden onderzocht); Kh. Gent 21 februari 2006, *Tijdschrift@ipr.be* 2006, afl. 1, 47 (wanneer wordt vastgesteld dat een schuldeiser slechts is opgetreden nadat de Nederlandse curatoren de goederen naar Nederland hebben overgebracht en/of hebben verkocht, is de opening van een territoriale procedure in België niet langer mogelijk of opportuun; enerzijds is er in België geen vestiging meer, anderzijds zou een curator geen terugvordering kunnen instellen aangezien de goederen reeds vóór het instellen van de secundaire procedure zijn verplaatst of verkocht).
13. Zie o.a. de traditionele arresten aangaande de invulling van het vestigingsbegrip : HvJ 25 juli 1991, zaak C-221/89, *The Queen tegen Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd en anderen*, *Jur.* 1991, I-03905, overweging 20; HvJ 30 november 1995, C-55/94, *Reinhard Gebbard tegen consiglio dell'ordine degli avvocati procuratori di Milano*, *Jur.* 1995, I-04165, overweging 25; HvJ 15 februari 1996, zaak C-53/95, *Inasti tegen Hans Kemmler*, *Jur.* 1996, I-00703, overweging 8 en 10. De loutere aanwezigheid van vermogensbestanddelen en bankrekeningen volstaat daarbij niet om tot de opening van een territoriale insolventieprocedure over te gaan. Zie bv. : HvJ EU 20 oktober 2011, C-396/09, *Interedil Srl, in vereffening v. Fallimento Interedil Srl, en Intesa Gestione Crediti SpA*, *Jur.* 2011, nyr.
14. Zie artikel 36 EIV. Dit leidt er onder meer toe dat de curator van de hoofdprocedure desgevallend kan verzoeken om de eerder geopende zelfstandige territoriale procedure om te zetten in een liquidatieprocedure, indien deze omzetting nuttig blijkt voor de belangen van de schuldeisers van de hoofdprocedure (zie artikel 37 EIV).
15. Deze hypothesen betreffen alternatieve voorwaarden, aldus HvJ EU 17 november 2011, zaak C-112/10, *Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Antwerpen tegen Zaza Retail BV*, *Jur.* 2011, nyr, r.o. 18 (“Deze bepaling heeft betrekking op twee situaties : ten eerste, de situatie waarin het onmogelijk is om een hoofdprocedure te openen in verband met de voorwaarden die worden gesteld in het recht van de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen zich bevindt, en ten tweede, de situatie waarin om opening van een territoriale procedure in de lidstaat waar de schuldenaar een vestiging heeft, wordt verzocht door bepaalde schuldeisers die een bijzondere band met deze lidstaat hebben”). Vergelijk met de visie dat dit cumulatieve voorwaarden zouden zijn. Zie in deze zin o.m. : E. DIRIX en V. SAGAERT, “De Europese Insolventieverordening” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, T. LYSSENS en E. VAN CAMP (eds.), *Gerechtigd Akkoord & Faillissement*, Mechelen, Kluwer, losbladig, III-30, nr. 28; F. PARREIN, “Europese Insolventieverordening”, *NjW* 2011, (246) 250. Voor meer informatie hieromtrent, zie o.m. A. VAN HOE en M. VANMEENEN, “Verleden, heden en toekomst van de Europese Insolventieverordening” in M. STORME (ed.), *Insolventie- en Beslagrecht*, Brugge, die Keure, Themis, academiejaar 2012-2013, (1) 6-8.
16. Zie artikel 31 EIV dat de verschillende curatoren o.a. verplicht om aan elkaar kennis te geven van alles wat voor de andere procedure van nut kan zijn. Omdat de EIV niet in sancties voorziet voor de niet-naleving van deze plichten, zouden zij in de praktijk vaak dode letter blijven. Zie : A. DE WILDE, “Vennootschapsgroepen en grensoverschrijdende insolventies : een braakliggend terrein” in *Liber amicorum Achilles Cuyper*, Brussel, Larcier, 2009, (57) 66; F. PARREIN, “Europese Insolventieverordening”, *NjW* 2011, (246) 251.

of exequatur - over te gaan tot de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen uitgaande van een in een andere EU-lidstaat gevestigde rechterlijke instantie betreffende de opening, het verloop en de beëindiging van een insolventieprocedure alsmede van alle andere beslissingen die daar rechtstreeks verband mee houden⁽¹⁷⁾.

13. De jurisdictionele bevoegdheidsregels en de daarmee samenhangende conflictregels tonen meteen de relatie aan die bestaat tussen de hoofd- en secundaire insolventieprocedures. Aan iedere schuldeiser wordt de mogelijkheid toegekend om een vordering in te dienen in zowel de hoofdinsolventieprocedure als iedere secundaire insolventieprocedure die ten aanzien van zijn debiteur wordt geopend⁽¹⁸⁾. Elke insolventieprocedure kent zijn eigen afwikkeling van de in de desbetreffende lidstaat gelegen goederen volgens de daar geldende insolventieregels, dit terwijl de coördinatie wordt verzorgd door de curator en de rechtbank in de hoofdinsolventieprocedure. Het algemene principe hierbij is dat eventuele liquidatieoverschotten van secundaire procedures worden toebedeeld aan de boedel in de hoofdinsolventieprocedure, die dan op zijn beurt wordt verdeeld of geherstructureerd volgens het op de hoofdprocedure toepasselijke insolventierecht. Omgekeerd kunnen de nog niet-voldane schuldeisers in secundaire insolventieprocedures aan uitdelingen in andere insolventieprocedures deelnemen zodra de schuldeisers van dezelfde rang of dezelfde categorie in die procedures een aan hen gelijkwaardige uitkering hebben ontvangen⁽¹⁹⁾.

4. Het deficit van het huidige COMI-systeem, zoals geïllustreerd door het vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen van 23 oktober 2014 en het arrest Burgo Group

14. Uit het bovenstaande volgt dat de lokalisatie van het COMI een niet te onderschatten rol speelt in de afwikkeling van Europese insolventieprocedures, dit zowel op het vlak van het opnemen van de jurisdictionele bevoegdheid door rechters als op het vlak van

het aanwijzen van het toepasselijke insolventierecht. Gelet op deze cruciale rol maakt de invulling van het COMI-begrip dan ook al te vaak het voorwerp uit van hevige discussie in de rechtspraak⁽²⁰⁾. In mijn doctoraat heb ik trachten aan te tonen dat het HvJ EU tevergeefs probeert paal en perk te stellen aan de praktijk waarbij rechters al te lichtzinnig overgaan tot het zich bevoegd verklaren voor het voeren van de hoofdinsolventieprocedure. Het gevolg hiervan is dat de EU - ondanks de inspanningen die het HvJ EU dienaangaande levert - nog steeds met enkele laakbare fenomenen wordt geconfronteerd. Vermeldenswaardig in dit verband zijn vooral : (i) de *race to the courthouse* die tussen de debiteur en/of (bepaalde categorieën van) schuldeisers kan bestaan voor het indienen van de insolventieaanvraag en (ii) de mogelijkheid dat de debiteur aan de vooravond van zijn insolventie aan reguleringsarbitrage op insolventierechtelijk vlak poogt te doen door wijzigingen aan zijn organisatie door te voeren, in een poging om het rechterlijk oordeel over de ligging van zijn COMI te beïnvloeden⁽²¹⁾. Elk van deze fenomenen schept onzekerheid over het toepasselijke insolventierecht en houdt het risico in dat de belangen van de ene of andere stakeholder, inclusief de insolvente vennootschap, worden miskend.

15. Dat rechters ondanks de rechtspraak van het HvJ EU zich toch nog soms al te gemakkelijk bevoegd verklaren voor het voeren van de hoofdinsolventieprocedure, wordt ook door het arrest *Burgo Group* geïllustreerd. Aan de hand van de feitelijke omschrijvingen die in het arrest terug te vinden zijn, kan men zich namelijk afvragen hoe het oordeel van de Franse rechter te rijmen valt met het grote gewicht dat het HvJ EU aan de ligging van de statutaire zetel toekent ter bepaling van het COMI. Naast haar statutaire zetel blijkt de NV Illochroma in België immers ook over twee exploitatiezetels en een gebouw te beschikken waar zij personeel tewerkstelt⁽²²⁾. Meer nog, zelfs de NV Illochroma grijpt in haar betoog voor het HvJ EU terug naar het inzicht dat haar hoofdkantoor in België gelokaliseerd zou zijn⁽²³⁾. Er valt dan ook moeilijk in te zien hoe de Franse rechter het vermoeden ten voordele van de statutaire zetel als weerlegd kan

17. Zie artikel 16, 17, 25, 26 en 33 EIV. De tenuitvoerlegging geschiedt luidens artikel 25 EIV overeenkomstig de artikelen 31 tot en met 51 (met uitzondering van artikel 34, tweede lid) van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *P.B.L.* 122 van 1972, zoals gewijzigd.

18. Zie artikel 32 en 39 EIV.

19. Zie artikel 35 en 20.2 EIV.

20. Zie bv. : K. PANNEN, *European Insolvency Regulation*, Berlijn, De Gruyter, 2007, commentaar bij artikel 3, randnr. 15-85 (met talrijke verwijzingen naar nationale rechtspraak en rechtsleer); B. WESSELS, "The Place of the Registered Office of a Company : A Cornerstone in the Application of the EC Insolvency Regulation", *European Company Law* 2006, 183-190.

21. Zie voor meer informatie over deze en andere risico's die aan het huidige COMI-systeem zijn verbonden : K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2014, 303-357, zoals samengevat weergegeven in K. MARESCEAU en M. TISON, "Insolventie zonder grenzen ? Vragen rond de aanknopingspunten in de Europese Insolventieverordening", IBJ (ed.), *Juristes sans frontières ? Juristen zonder grenzen ?*, Brussel, Bruylant, 2013, 93-131.

22. Zie overweging 15 arrest *Burgo Group*.

23. Zie overweging 16 arrest *Burgo Group*.

beschouwen, nu voormelde gegevens stuk voor stuk elementen zijn die objectief en voor derden verifieerbaar zijn, en daarom in aanmerking moeten worden genomen om het COMI te lokaliseren. Het is dan ook tegen deze achtergrond dat de opmerking van de Belgische regering moet worden gezien die stelt dat de hoofdinsolventieprocedure ten onrechte in Frankrijk is geopend, aangezien het COMI van de NV Illochroma zich niet in Frankrijk maar in België bevindt⁽²⁴⁾. Veel zoden aan de dijk brengt dit argument evenwel niet; de ligging van het COMI was niet het voorwerp van de prejudiciële procedure. Het HvJ EU herinnert er dan ook fijntjes aan dat rechters van andere EU-lidstaten de beslissing tot opening van de hoofdinsolventieprocedure vanwege de Franse rechter niet ter discussie kunnen stellen⁽²⁵⁾. Het enige wat men kan doen indien men niet akkoord gaat met de Franse rechterlijke beslissing, is in Frankrijk zelf hoger beroep tegen deze beslissing aantekenen.

16. Het arrest *Burgo Group* is dus een illustratie van het gegeven dat rechters soms het vermoeden ten voordele van de statutaire zetel minimaliseren, ten einde zich bevoegd te kunnen verklaren voor het voeren van de hoofdinsolventieprocedure over een vennootschap die haar statutaire zetel in het buitenland heeft. Ook het omgekeerde is soms waar. Rechters trekken soms de bevoegdheid voor het voeren van de hoofdinsolventieprocedure naar zich toe door een te groot belang te hechten aan het feit dat de statutaire zetel van de vennootschap in kwestie in hun jurisdictie is gelegen. In dit geval gaan zij de feitelijke omstandigheden negeren en de voorrang geven aan de ligging van de (nieuwe) statutaire zetel, terwijl het objectief en voor derden duidelijk is dat het COMI elders is gelegen, bijvoorbeeld omdat de (nieuwe) statutaire zetel fictief is.

17. Dit laatste inzicht wordt dan weer geïllustreerd door het op 23 oktober 2014 gevelde vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen, dat elders in dit tijdschrift is opgenomen⁽²⁶⁾. De feiten die aan het voormelde vonnis ten grondslag liggen, kunnen kort als volgt worden samengevat. De NV Multiplan Group is een Belgische vennootschap die op 24 juli 2014 door één van haar schuldeisers voor de rechtbank van koophandel te Antwerpen in falings werd gedagvaard om te verschijnen op 4 september 2014. Na de betekening van de dagvaarding, en met name

op 21 augustus 2014, verplaatste de NV Multiplan Group haar maatschappelijke zetel naar Nederland, hetgeen notarieel werd vastgesteld en ingeschreven in de KBO. Twee dagen vóór de dag waarop de NV Multiplan Group voor de rechtbank van koophandel te Antwerpen moest verschijnen, meer bepaald op 2 september 2014, deed ze in Nederland aangifte tot faillietverklaring. Op diezelfde dag nog, dus op 2 september 2014, werd zij door de Nederlandse rechter in staat van faillissement verklaard.

De rechtbank van koophandel te Antwerpen vond deze gang van zaken duidelijk verdacht, maar zag zich voor voldongen feiten geplaatst. Voortbordurend op de principes van de EIV kwam zij tot het onvermijdelijke besluit dat zij als gevolg van de Nederlandse beslissing onbevoegd was geworden voor het voeren van de hoofdinsolventieprocedure. Zij deed dit met de volgende (terechte) bewoordingen: *“Een blote toepassing van de anterioriteitsregel is nodig: dit is een gevolg van het wederzijdse communautaire vertrouwen in elkaars rechtspraak, dat als uitgangspunt wordt genomen. Zelfs al zou volgens de appreciatie van de rechter die als tweede van de zaak kennisneemt, de andere Europese rechter volledig ten onrechte zijn bevoegdheid hebben aanvaard, dan nog belet het systeem van de verordening hem om een nieuwe hoofdprocedure te openen. Ook al is de statutaire zetel fictief, toch moet het land van het werkelijke centrum van voornaamste belangen zich onthouden van de opening van een hoofdprocedure indien het land van de statutaire zetel reeds een eerdere hoofdprocedure heeft geopend. De enige mogelijke uitweg bestaat erin om een secundaire procedure op te starten op voorwaarde althans dat de debiteur een vestiging heeft in dat land”*. En zelfs dit laatste achtte de rechtbank van koophandel te Antwerpen niet langer mogelijk. Gelet op het feit dat de NV Multiplan Group al haar activa in het geheim naar Nederland had verplaatst, was zij van oordeel dat in België niet langer een vestiging aanwezig was en dat bijgevolg de opening in België van een secundaire insolventieprocedure niet langer mogelijk was⁽²⁷⁾. Zich volkomen bewust van deze onbillijke situatie, kon de Rechtbank aan de eisende partij slechts één toegift doen; zij diende geen rechtsplegingsvergoeding te betalen omdat de aanvraag tot opening van de hoofdprocedure volkomen terecht in België was ingediend. De eisende partij juicht wellicht van vreugde.

24. Zie overweging 24 arrest *Burgo Group*.

25. Zie overwegingen 26 t.e.m. 28 arrest *Burgo Group*, met verdere verwijzing naar het arrest *Handlowy*, overweging 41.

26. Zie TRV 2015, 202.

27. Ietwat ongenueanceerd, stelt de rechtbank: *“Uit deze elementen blijkt dat haar statutaire zetel en haar centrum van voornaamste belangen (niet) meer in België is gevestigd, zodat er geen sprake is van een Belgische vestiging conform de insolventieverordening”*. Ook andere fysieke inplantingen, zoals bijkantoren, kunnen uiteraard als een vestiging in de zin van de EIV kwalificeren. Het is derhalve niet omdat de statutaire zetel of het COMI in het buitenland is gelegen, dat men in België geen secundaire insolventieprocedure zou kunnen openen. Dit wordt trouwens expliciet bevestigd door het arrest *Burgo Group*. Zie *infra* randnr. 20.

§ 2. De verduidelijkingen aangebracht door het arrest Burgo Group

18. In het arrest *Burgo Group* worden drie prejudiciële vragen behandeld. Deze kunnen als volgt worden weergegeven :

(1) Kan een vennootschap aan een secundaire insolventieprocedure worden onderworpen in de lidstaat waar zij haar hoofdkantoor en rechtspersoonlijkheid heeft ?

(2) Moeten aanvragers van een secundaire insolventieprocedure hun woonplaats of hoofdkantoor hebben op het grondgebied van de lidstaat waarin die procedure wordt aangevraagd ?

(3) Kan de opening van een secundaire procedure worden beperkt door opportuniteitscriteria die ter beoordeling staan van de rechter aan wie de procedure is aangevraagd ? Deze vragen worden hierna afzonderlijk behandeld.

1. Kan een vennootschap aan een secundaire insolventieprocedure worden onderworpen in de lidstaat waar zij haar hoofdkantoor en rechtspersoonlijkheid heeft ?

19. Zoals aangehaald in randnr. 15, zijn er in het arrest *Burgo Group* voldoende indicaties terug te vinden van het gegeven dat de Franse rechter zich ten onrechte bevoegd heeft verklaard voor het voeren van de hoofdinsolventieprocedure. Niettemin moet deze beslissing door andere rechters worden erkend zolang zij niet wordt hervormd naar aanleiding van een hoger beroep dat in Frankrijk wordt ingesteld. Tot dan kan men in andere EU-lidstaten ten aanzien van de debiteur enkel secundaire insolventieprocedures openen, waarin de aldaar gelegen vestiging wordt geliquideerd volgens de aldaar geldende rechtsregels. Het bijzondere aan het feitenrelaas van het arrest *Burgo Group* is dat de NV Illochroma aan haar schuldeiser tracht te ontsnappen door te argumenteren dat zij geen ‘vestiging’ in België heeft, zodat tegen haar in België geen secundaire insolventieprocedure kan worden geopend. Zij wierp immers op dat zij een rechtspersoon naar Belgisch recht is en dat daarom tegen haar in België alleen maar een hoofdinsolventieprocedure zou kunnen worden geopend indien in Frankrijk nog geen dergelijke procedure was geopend⁽²⁸⁾.

20. Het HvJ EU gaat terecht niet akkoord met deze argumentatie en doet daarbij een beroep op zowel een tekstueel als een beleidsmatig argument.

Inzake het tekstuele element wijst het HvJ EU erop dat in de definitie van het begrip ‘vestiging’ niet wordt verwezen naar de plaats van de statutaire zetel van een schuldplichtige vennootschap of de rechtsvorm van de betrokken plaats van handeling⁽²⁹⁾. Gelet op die formulering sluit de EIV volgens het HvJ EU derhalve niet uit dat een vestiging rechtspersoonlijkheid kan hebben en zich kan bevinden in de EU-lidstaat waar die vennootschap haar maatschappelijke zetel heeft⁽³⁰⁾. Voorwaarde is uiteraard wel dat de statutaire zetel beantwoordt aan de criteria om van een ‘vestiging’ te kunnen spreken, wat de beschikbaarheid van menskracht, een minimum aan organisatie en een zekere stabiliteit impliceert⁽³¹⁾.

Het HvJ EU merkt verder in dit verband op dat de mogelijkheid tot opening van secundaire insolventieprocedures werd ingevoerd om een diversiteit van belangen te dienen, “naast de bescherming van de plaatselijke belangen”⁽³²⁾. Met deze laatste zinsnede anticipeert het HvJ EU nu al ten dele op het argument dat Burgo Group geen Belgische schuldeiser is en daarom niet de bescherming van de mogelijkheid tot opening van een secundaire insolventieprocedure in België zou moeten genieten (zie de tweede prejudiciële vraag). Trachten een andere invulling te geven aan het vestigingsbegrip, zou volgens het HvJ EU niet alleen neerkomen op een ontzegging van de bescherming waarin de EIV in de vorm van de opening van een secundaire procedure voorziet, maar zou ook een discriminatie inhouden van schuldeisers die zijn gevestigd in de lidstaat waar de insolvente vennootschap haar hoofdkantoor of statutaire zetel heeft ten opzichte van schuldeisers van andere vestigingen⁽³³⁾. Anders gezegd, het HvJ EU ziet volkomen terecht geen rechtvaardiging in het ontzeggen aan schuldeisers van de mogelijkheid om een secundaire insolventieprocedure te openen ten aanzien van een vestiging die tevens als het hoofdkantoor of de statutaire zetel van de vennootschap kwalificeert. Deze schuldeisers hebben, misschien nog wel meer dan andere, het recht om de bescherming van het lokale insolventierecht in te roepen. Of zoals het HvJ EU in rechtsoverweging 36 zelf opwerpt :

28. Zie overweging 16 arrest *Burgo Group*.

29. Zie overweging 31 arrest *Burgo Group*.

30. Zie overweging 32 arrest *Burgo Group*.

31. Merk overigens op dat het HvJ EU nu eens spreekt over de statutaire zetel en dan over het hoofdkantoor van de debiteur. Veel praktisch belang hoeft aan deze vaststelling evenwel niet te worden gegeven : de analyse blijft dezelfde. Er dient gekeken te worden of de statutaire zetel of het hoofdkantoor als een ‘vestiging’ kan worden beschouwd.

32. Zie overweging 34 arrest *Burgo Group*.

33. Zie overweging 35 t.e.m. 38 arrest *Burgo Group*.

“Dienaangaande zij benadrukt dat de bescherming van de lokale schuldeisers weliswaar niet het enige doel is van de mogelijkheid om een secundaire procedure aan te vragen, maar dat een uitlegging als uiteengezet in het vorige punt, duidelijk in strijd zou zijn met het hoofddoel van de verordening, te meer daar het in het algemeen waarschijnlijk lijkt dat ‘plaatselijke’ belangen die de door de verordening geboden bescherming verdienen, precies in de lidstaat waar de statutaire zetel van de betrokken schuldplichtige vennootschap zich bevindt vaste vorm krijgen, ook al zou het centrum van de voornaamste belangen van die vennootschap zich in een andere lidstaat bevinden”.

21. Bijgevolg moet volgens het HvJ EU op de eerste vraag worden geantwoord *“dat artikel 3, lid 2, van de verordening aldus moet worden uitgelegd dat bij liquidatie van een vennootschap in een andere lidstaat dan die waar zij haar hoofdkantoor heeft, die vennootschap ook in de lidstaat waar zij haar hoofdkantoor heeft en rechtspersoonlijkheid heeft, aan een secundaire procedure kan worden onderworpen”.* In concreto betekent dit dus dat België de opening van de secundaire insolventieprocedure zal dienen toe te staan. Gelet op de feitelijke schets kan er immers geen twijfel over bestaan dat de NV Illochroma in België over een ‘vestiging’ beschikt; zij heeft in België twee exploitatiezetels, een gebouw, economische activiteiten en personeel.

2. Moeten aanvragers van een secundaire insolventieprocedure hun woonplaats of hoofdkantoor hebben op het grondgebied van de lidstaat waarin die procedure wordt aangevraagd?

22. De tweede prejudiciële vraag die in het arrest *Burgo Group* aan bod komt, betreft de vraag of de EIV aldus moet worden uitgelegd dat de opening van een secundaire insolventieprocedure alleen maar kan worden aangevraagd door een persoon die zijn woonplaats of hoofdkantoor heeft op het grondgebied van de lidstaat waaraan de opening wordt gevraagd, dan wel of die opening kan worden aangevraagd door elke persoon wiens schuldvordering het resultaat is van een verplichting die voortvloeit uit een activiteit van de vestiging die het voorwerp uitmaakt van de aangevraagde procedure. Het HvJ EU

verwerpt deze vraagstelling volledig en komt volkomen terecht tot een ander besluit.

23. Eerst en vooral merkt het HvJ EU op dat voormelde voorwaarden, die terug te vinden zijn in artikel 3, vierde lid van de EIV, uitsluitend van toepassing zijn op zelfstandige, doch niet op secundaire territoriale insolventieprocedures⁽³⁴⁾. Artikel 29 van de EIV bepaalt immers dat het desbetreffende nationale recht determineert wie gerechtigd is om een aanvraag tot opening van een secundaire insolventieprocedure in te dienen⁽³⁵⁾. Belangwekkender dan deze vaststelling evenwel is dat het HvJ EU in deze context expliciet bevestigt dat het nationaal recht ook hier de spelregels van het EU-recht in acht moet nemen; EU-lidstaten dienen het nuttig effect van de EIV te verzekeren bij de uitvaardiging van hun bepalingen inzake de bevoegdheid tot het aanvragen van een secundaire insolventieprocedure⁽³⁶⁾. Dit leidt er volgens het HvJ EU toe dat een lidstaat indirect zou discrimineren op grond van nationaliteit indien hij het recht om een secundaire insolventieprocedure aan te vragen in zijn wetgeving zou beperken tot schuldeisers wier woonplaats of hoofdkantoor zich op zijn grondgebied bevindt of tot schuldeisers wier vordering het resultaat is van een uit de exploitatie van die vestiging voortvloeiende verplichting⁽³⁷⁾.

24. Onmiddellijk haast het HvJ EU zich hierbij te poneren dat dit oordeel geen implicaties heeft voor de geldigheid van de EIV zelf. De EIV discrimineert niet indirect op grond van nationaliteit in de mate waarin zij de opening van *zelfstandige* territoriale insolventieprocedures afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de aanvrager zijn woonplaats, zetel of gebruikelijke verblijfplaats in de lidstaat heeft op het grondgebied waarvan de betrokken vestiging is gelegen of wiens vordering het resultaat is van een uit de exploitatie van de vestiging voortvloeiende verplichting. Deze beperking wordt volgens het HvJ EU immers gerechtvaardigd door de wens om de opening van zelfstandige insolventieprocedures tot het hoogstnoodzakelijke te beperken (gelet op de proceseconomische inefficiëntie van deze procedures). Dergelijke rechtvaardiging kan evenwel niet worden gegeven met betrekking tot secundaire insolventieprocedures; in tegenstelling tot zelfstandige territoriale insolventieprocedures zijn dergelijke procedures noodzakelijk om de gevolgen van de universele toepassing van de hoofdinsolventieprocedure te verzachten⁽³⁸⁾.

34. Zie rechtsoverweging 48 arrest *Burgo Group*.

35. Zie rechtsoverweging 45 arrest *Burgo Group*.

36. Zie rechtsoverweging 46 arrest *Burgo Group* met verdere verwijzing naar HvJ 19 december 2013, C-209/12, *Walter Endress t. Allianz Lebensversicherungs AG*, Jur. 2013, nyr, rechtsoverweging 23.

37. Zie rechtsoverweging 49 arrest *Burgo Group* met verdere verwijzing naar zijn vaststaande rechtspraak in dit verband.

38. Zie rechtsoverweging 50 arrest *Burgo Group*.

3. Kan de opening van een secundaire procedure worden beperkt door opportuniteitscriteria die ter beoordeling staan van de rechter aan wie de procedure is aangevraagd?

25. Met de laatste prejudiciële vraag wenst de verwijzende Brusselse rechter in wezen te vernemen of de opening van een secundaire procedure over een vestiging kan worden beperkt door opportuniteitscriteria die ter beoordeling staan van de rechter van de lidstaat bij wie de secundaire procedure is aangevraagd, wanneer de hoofdprocedure een liquidatieprocedure is. Het hof van beroep te Brussel stelde deze vraag wellicht om te weten te komen of Burgo Group zijn recht tot opening van een secundaire procedure kan verliezen wegens het te laat indienen van zijn verordening in de hoofdprocedure.

26. Het HvJ EU stelt in dit verband vooreerst vast dat de EIV zelf geen gewag maakt van opportuniteitscriteria die een rechter in aanmerking moet nemen wanneer hij gevraagd wordt een secundaire procedure te openen⁽³⁹⁾. Daarom moet men naar de visie van het HvJ EU terugvallen op het nationale recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de secundaire procedure wordt aangevraagd⁽⁴⁰⁾. Hiermee neemt het HvJ EU een genuanceerd standpunt in; in tegenstelling tot enkele procespartijen ziet het de mogelijkheid om een secundaire insolventieprocedure te openen hoegenaamd niet als een absoluut recht; dit recht kan bijgevolg afhankelijk worden gesteld van een rechterlijke opportuniteitsbeoordeling⁽⁴¹⁾. Doch ook hier waarschuwt het HvJ EU. Het nationale recht moet conform het Unierecht zijn. Dit leidt er onder meer toe dat lidstaten geen voorwaarden kunnen vaststellen die, in strijd met het beginsel van non-discriminatie, een onderscheid maken tussen de schuldeisers die deze procedure aanvragen, naargelang van hun woonplaats of statutaire zetel⁽⁴²⁾. Volgens het HvJ EU moet op de derde vraag dan ook worden geantwoord dat *“de verordening aldus moet worden uitgelegd dat, wanneer de hoofdprocedure een liquidatieprocedure is, de inaanmerkingneming van opportuniteitscriteria door de rechter bij wie een secundaire procedure wordt aangevraagd, zaak is van het nationale recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan die procedure wordt aangevraagd. De lidstaten*

moeten bij de vaststelling van de voorwaarden om een secundaire procedure te openen, echter het Unierecht in acht nemen, met name de algemene beginselen daarvan en de verordening”⁽⁴³⁾.

§ 3. Afsluitende overwegingen

27. Al bij al kan men het arrest *Burgo Group* weinig verrassend noemen. Dit neemt niet weg dat het arrest als een te verwelkomen verduidelijking van de EIV kan worden gezien. Vooral de wijze waarop het HvJ EU belang toekent aan de mogelijkheid tot opening van secundaire insolventieprocedures, verdient aanbeveling. Op die manier geeft het HvJ EU een zeker tegengewicht aan de overijverigheid waarmee nationale rechters de bevoegdheid voor het voeren van de hoofdotsolventieprocedure naar zich toetrekken. Zoals in deze bijdrage werd aangehaald, zorgt deze overijverigheid namelijk voor een zekere spanning in het EIV-systeem, die resulteert in *forum shopping* en onzekerheid betreffende het recht dat de insolventie van een vennootschap zal beheersen. Ondanks deze uitspraak kan men zich de vraag blijven stellen of men niet tot een beter systeem zou komen indien men in de EIV afstand neemt van het COMI-concept. Voor het betoog op dit vlak verwijs ik graag naar mijn doctoraat⁽⁴⁴⁾. In elk geval moet worden benadrukt dat de Uniewetgever blijft vasthouden aan het COMI-concept, zoals onder meer blijkt uit de voorgestelde wijzingen aan de EIV⁽⁴⁵⁾.

39. Zie rechtsoverweging 61 en 62 arrest *Burgo Group*.

40. Zie rechtsoverweging 63 arrest *Burgo Group*.

41. Zie rechtsoverweging 53 en 56 arrest *Burgo Group*.

42. Zie rechtsoverweging 64 arrest *Burgo Group*, waarin wordt verwezen naar HvJ 10 maart 2011, C2109/09, *Deutsche Luftbansa AG v. Gertraud Kumpan*, Jur. 2011, I-01309, rechtsoverweging 37.

43. Zie rechtsoverweging 67 arrest *Burgo Group*.

44. Zie K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen. De effecten van regelgevende competitie op vennootschapsrechtelijk vlak*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2014, 460-484.

45. EUROPESE COMMISSIE, Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, 12 december 2012, COM(2012) 744 final.